

# JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X  
Edição 132 - Agosto de 2011  
R\$ 16,90

JOSÉ EDUARDO CARDOZO  
MINISTRO DA JUSTIÇA

## CAMINHOS PARA UM JUDICIÁRIO MAIS EFICIENTE

Editorial: A ORDEM CHEGOU!



# PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FRENTE À RESTRIÇÃO DE LIBERDADE

## André Luís Sanches

Professor da Faculdade de Direito da Alta Paulista de Tupã (FADAP – SP)  
Diretor de Serviço do Fórum da Comarca de Tupã – SP

### 1. Introdução

A fim de manter a paz entre as pessoas, normas permisivas e proibitivas são elaboradas pelo Estado. Aquele que pratica uma conduta em desacordo com as regras preestabelecidas em um Estado Democrático de Direito sofre sanções. Entretanto, para que essas sanções sejam aplicadas, o devido processo legal, com todas as suas peculiaridades, deve ser observado. Acontece que, da data do fato tido como criminoso até a manifestação do Judiciário, com a prolação da sentença, seja condenatória ou absolutória, pode haver a necessidade de se tirar o acusado do convívio da sociedade a fim de protegê-la, seja de forma direta (evitando o cometimento de novos crimes) ou de forma indireta (garantindo o bom andamento da *persecutio criminis*). O *jus libertatis*, garantido constitucionalmente a todo cidadão, sendo este considerado inocente até que seja proferida uma sentença penal condenatória, é quebrado quando se retira o acusado do convívio da sociedade, encarcerando-o provisoriamente. O princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna, com o decreto de uma prisão provisória, *a priori*, estaria em descompasso.

De um lado, estaria a pretensão punitiva do Estado e de outro, o *jus libertatis* e a presunção de inocência garantidos constitucionalmente ao acusado. Diante da necessidade de restrição dessa liberdade, com a adoção de medida cautelar, o princípio da proporcionalidade vem de encontro a esse conflito aparente de interesses e direitos, devendo ser sopesado se a medida a ser adotada for adequada e necessária para se atingir o fim desejado.

### 2. Necessidade de solução diante da colisão de direitos pelo princípio da proporcionalidade

O conflito de regras resulta numa antinomia que, para ser resolvida diante do caso concreto, uma deve deixar de ser cumprida, por se entender que a preterida é a correta ou a mais justa. Além dos possíveis conflitos de regras ou normas, surgem os conflitos entre princípios. “As colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique o desrespeito completo do outro”<sup>1</sup>.

O conflito pode existir entre regras, entre princípios e entre regras e princípios, devendo, neste caso, prevalecer o princípio sobre a regra.

As regras são direcionadas a fatos ou a uma espécie deles, enquanto que princípios fazem referência direta a valores. Daí, diz-se que as regras se fundamentam em princípios. Por conseguinte, princípios têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras. Os princípios trazem determinações de otimização, ou seja, um mandamento para que sejam cumpridos na medida das possibilidades fáticas e jurídicas<sup>2</sup>.

Não há que se falar em princípio de caráter absoluto. “O traço distintivo entre regras e princípios por último referidos aponta para uma característica destes que é de se destacar: sua relatividade”<sup>3</sup>. Os princípios não podem ser vistos como absolutos, o “tudo ou nada”, como se dá com as regras.

Celso Antonio Bandeira de Mello faz uma assertiva referente a “princípio jurídico” louvável de ratificação. Segundo ele,

“princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”, e conclui: “...exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Sobre a gravidade da violação de um princípio, o jurista leciona que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comandos”. Sobre a gravidade da não observância de um princípio jurídico, afirma que “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”<sup>4</sup>.

No âmbito constitucional, não há que falar em hierarquia. As regras ou normas ali contidas são de mesmo nível, entretanto os princípios constitucionais devem se sobrepor às normas, haja vista que princípios são proposições diretoras de uma ciência, é o preceito primário a ser seguido.

Segundo Hans Kelsen, em sua obra clássica *Teoria pura do Direito*, discorrendo sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica, acima da Constituição positivada, coloca a “norma fundamental hipotética” como o fundamento de validade último que constitui a unidade criadora<sup>5</sup>. O autor coloca a norma hipotética fundamental no ápice da pirâmide, norma essa não positivada e sim pensada.

No que tange aos princípios, a Constituição da República traz no Título I os princípios fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Dentre os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição vigente, vem previsto o princípio da presunção de inocência, o direito à liberdade de locomoção, este podendo ser restringido somente em casos de prisão em flagrante ou por ordem escrita fundamentada por autoridade judiciária competente.

Diante do choque de regras, o próprio ordenamento jurídico traz regramento para resolver eventual antinomia jurídica. Entretanto, diante da colisão de direitos, envolvendo necessariamente colisão de princípios, sendo estes norteadores do ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade vem como princípio dos princípios.

Na busca de uma interpretação constitucional, representada pelo conflito entre princípios constitucionais, “aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual diante do conflito de princípios se respeita mais um dos princípios, desrespeitando o mínimo o outro princípio, ‘jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial’. Embora não esteja de forma expressa individualizado no ordenamento jurídico vigente, o princípio da proporcionalidade é ‘uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do



Estado Democrático de Direito, pois sem a sua utilização, não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo aos interesses individuais, coletivos e públicos.”<sup>6</sup>

Quando se depara com “princípios”, estes se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, se imaginarmos um ordenamento jurídico, numa escala piramidal, ainda que aqueles não se subsumam a fatos concretos. Os princípios podem se contradizer, o que não significa que perdem sua eficácia ou validade jurídica. É nesse momento de conflito entre princípios que o princípio da proporcionalidade serve de critério para solucionar o conflito, otimizando na medida em que se acata um princípio e desatende o mínimo possível outro princípio<sup>7</sup>.

“A ideia nuclear do ‘princípio da proporcionalidade’ consiste na garantia de uma ‘justa relação’ (ou ‘justo equilíbrio’) entre as vantagens do *fim a atingir* e os custos das ‘medidas adoptadas’ para atingir esse fim.”<sup>8</sup>

Afeto às questões de constitucionalidade das medidas legislativas e atos administrativos restritivos a direitos e garantias fundamentais do homem, o princípio pode ser perfeitamente aplicado às medidas restritivas de liberdade.

“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”<sup>9</sup>

Luís Roberto Barroso, ressaltando que a razoabilidade pressupõe equilíbrio e ponderação ao decidir, leciona que “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso,

o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”<sup>10</sup>

O princípio da proporcionalidade é integrado por três subprincípios, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

“Pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”<sup>11</sup>

3. Adequação

A prisão cautelar sacrifica um dos direitos do homem garantido constitucionalmente, direito este fundamental, a liberdade de ir e vir. A prisão preventiva é uma medida amarga, pois tira o agente do convívio da sociedade sem uma sentença penal condenatória.

O princípio da proporcionalidade<sup>12</sup> propicia ao juiz que, diante de um caso concreto, verifique se, além dos requisitos legais, a prisão cautelar é a medida mais adequada ao caso, ou seja, se o meio utilizado é a melhor maneira de se atingir o fim. “Mais do que a mera relação lógica entre meios e fins, e além da adoção da ‘alternativa menos gravosa’, o princípio da proporcionalidade tem sido o parâmetro para avaliar o cabimento de uma medida restritiva de direito.”<sup>13</sup> Deve o magistrado verificar se não existe uma outra medida menos gravosa ao acusado que possa alcançar o mesmo fim colimado.

Suzana de Toledo Barros, a respeito da adequação, leciona que: “[...] o juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo, procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que a legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder a restrições naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido.”<sup>14</sup>

A medida é adequada diante da inexistência de outro meio para atingir o fim almejado quando se decreta a prisão preventiva para garantir a ordem pública ou por conveniência da instrução criminal.

3.1 Necessidade

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade faz com que seja analisado se o cerceamento do acusado do convívio da sociedade é realmente necessário ou indispensável.

“O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”<sup>15</sup>

“É a escolha do meio menos pernicioso aos interesses constitucionalmente tutelados. Seria a máxima “dos males, o menor” pois, através desse elemento, se busca a menor ingerência nos direitos fundamentais”<sup>16</sup>

Pode-se afirmar que o princípio da necessidade traz implícito o da adequação. Por conseguinte, é necessário o que é adequado.

A prisão é medida que deve ser adotada como última opção. Todas as possibilidades devem ser analisadas, a relação meio-fim deve estar presente para justificar a adoção da medida.

A prisão preventiva torna-se necessária se o acusado der indícios de que pretende se furtar a cumprir eventual pena a ser aplicada. Sendo assim, a sua permanência solto até a decisão final tornar-se-á inviável.

3.2 Proporcionalidade em sentido estrito

Por vezes, um juízo de adequação e necessidade não basta para se fazer a devida justiça. Pode acontecer que, diante de um caso concreto, depois de analisar o meio mais adequado, indispensável para atingir um determinado fim, se depare com dois bens jurídicos de importâncias equivalentes. Seria a colisão de direitos.

No momento da decretação da medida restritiva da liberdade, há que se verificar qual bem jurídico, a liberdade do acusado ou a proteção da sociedade, deve se sobrepor ao outro. O magistrado deve observar o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera de um dos direitos fundamentais do homem, a liberdade.

“A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com ‘sopesamento’ (*Abwagung*) de sua recíproca adequação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar que se beneficie demasiadamente um em detrimento do outro.”<sup>17</sup>

Não é razoável adotar-se uma medida privativa de liberdade, se a restrição à liberdade for desproporcional ao bem protegido, levando-se em conta que, ao final do processo, a pena a ser imposta será menos grave.

Exemplificando, teríamos os crimes de menor potencial ofensivo, as contravenções, os crimes apenados com detenção, os delitos culposos.

“Se o acusado é condenado a regime aberto, ou mesmo a semiaberto ou fechado, mas com reconhecimento do direito a *sursis*, a prisão provisória torna-se desproporcional, devendo ele ser posto em liberdade.”<sup>18</sup>

As vantagens da medida adotada devem superar os sacrifícios. Envolvem uma análise da relação custo-benefício da medida limitadora, ponderando-se os danos causados em relação aos benefícios auferidos.

Pode-se afirmar que a adequação e a necessidade são verificadas diante das possibilidades fáticas, e a proporcionalidade em sentido estrito é verificada com base nas possibilidades jurídicas.

Os três subprincípios devem ser analisados concomitante-

mente, e estando ausente ou insatisfeito qualquer deles, a medida passa a ser desproporcional, portanto não deve ser admitida.

O princípio da proporcionalidade revela-se um princípio jurídico fundamental, “um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas”. Guerra Filho vai além, ao afirmar que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado “não só no Direito em seus diversos ramos como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para se atingir determinado objetivo”<sup>19</sup>.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio do século XXI*: O minidicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Econômico. In: *Temas de direito penal econômico /* organizador Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000.

MARTY, Mireille Delmas. *Procesos penales de Europa*. Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Editorial Edijus, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Antônio Francisco. Actuação policial e princípio da proporcionalidade. In: *Revista do Ministério Público*, ano 19, nº 76, outubro-dezembro, 1998.

VALESCHKA E SILVA BRAGA, *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

NOTAS

<sup>1</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 56.

<sup>2</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Proposta de teoria fundamental do direito constitucional*. Tese apresentada ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – da Universidade de São Paulo para Concurso Público para o cargo de Professor Titular em setembro de 2005, p. 15.

<sup>3</sup> Idem, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005 p. 57.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994 p. 450-451.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996 p. 247.

<sup>6</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005 p. 80-81.

<sup>7</sup> Idem, *Ibidem*, p. 104.

<sup>8</sup> SOUZA, Antônio Francisco. Actuação policial e princípio da proporcionalidade. In: *Revista do Ministério Público*, ano 19, nº 76, outubro-dezembro, 1998 p. 44.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001 p. 219.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 219

<sup>11</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 28.

<sup>12</sup> No Direito alemão é utilizado o termo *princípio da proporcionalidade, proibição de excesso ou vedação de excesso*, já no Direito norte-americano é utilizada a terminologia *princípio da razoabilidade*.

<sup>13</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Econômico. In: *Temas de direito penal econômico /* organizador Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000 p. 290.

<sup>14</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *ob. cit.*, p. 77.

<sup>15</sup> Idem, *Ibidem*, p. 79.

<sup>16</sup> VALESCHKA E SILVA BRAGA. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 87.

<sup>17</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *ob. cit.*, p. 28.

<sup>18</sup> DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 404.

<sup>19</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *ob. cit.*, p. 102.